

A Responsabilização por Improbidade Administrativa por Omissão na Efetivação de Políticas Públicas

Michelle Bruno Ribeiro*

Sumário

1. Introdução. 2. Da Inexistência de Discricionariedade Administrativa no Tocante à Implantação de Políticas Públicas Garantidoras de Direitos Fundamentais em Seu Núcleo Essencial. 3. Da Omissão do Gestor Público em Praticar os Atos Necessários à Implantação e Manutenção das Políticas Públicas Garantidoras de Direitos Fundamentais como Ato de Improbidade Administrativa. 4. Da Carência de Responsabilização por Ato de Improbidade em Razão da Omissão em Implantação de Políticas Públicas. 5. Da Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo

Através da metodologia de revisão bibliográfica, jurisprudencial e de legislação, este artigo tem por objetivo demonstrar a caracterização das omissões na implantação das políticas públicas de direitos fundamentais como ato de improbidade administrativa, enfatizando a importância da persecução das sanções descritas na Lei nº 8.429/92 pelo Ministério Público ou ente público legitimado perante o Poder Judiciário e discorrendo sobre a nocividade aos direitos fundamentais decorrente da ausência de responsabilização que atualmente se verifica nosso contexto histórico-político. Ao final, conclui-se pela necessidade do uso da Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de garantia de direitos fundamentais, mecanismo que deve ser usado com maior frequência nesses casos de improbidade por omissão.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Políticas Públicas. Improbidade administrativa. Ministério Público. Poder Judiciário.

1. Introdução

Vivemos a fase jurídica do neoconstitucionalismo, momento em que se visa a dar força normativa concreta aos preceitos descritos pela nossa Constituição da República, buscando a máxima efetividade das normas constitucionais, sejam elas regras de caráter genérico ou programático, sejam elas princípios.

Neste contexto de otimização dos preceitos constitucionais, o Supremo Tribunal Federal vem considerando que as normas constitucionais que trazem

* Mestranda em Direito na área de Estado, Sociedade e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UniRio). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

direitos fundamentais devem ser aplicadas diretamente¹ aos seus cidadãos. Ou seja, cuida-se, verdadeiramente, de direitos subjetivos e, portanto, são exigíveis por seus destinatários ou de forma coletiva pelos legitimados por lei para tal.

Os direitos fundamentais elencados na Constituição possuem um núcleo essencial que deve ser protegido, visto que este representa o conteúdo mínimo do direito fundamental em questão e caso este mínimo seja violado, a própria existência do direito é atingida. Há inclusive três teorias acerca do tema: a teoria absoluta, para qual esse núcleo essencial é um conteúdo normativo irrestringível; a teoria relativa, para qual este tal núcleo essencial também é irrestringível, mas seu alcance só é delimitado quando feita a ponderação dentro de um caso concreto e a teoria mista que traz a necessidade de proteção tanto na dimensão objetiva do direito como na dimensão subjetiva, sendo a mais protetiva de todas, e apresentada pela Jane Reis no nosso direito brasileiro. Com isso, o que se percebe é que a doutrina constitucional contemporânea aponta pela existência de uma parte nuclear dos direitos fundamentais que deve ser efetivada direta e imponderavelmente.

Assim, a atuação do Ministério Público ou outro ente legitimado tanto para a propositura da ação civil pública (artigo 1º, inciso IV c/c artigo 5º inciso I da Lei nº 7347/85), instrumento processual adequado para a busca de uma tutela prestacional de efetivação de determinado direito fundamental, como para a ação civil por ato de improbidade administrativa, instrumento hábil a buscar a sanção em face do gestor público que se omitiu na efetivação de tal direito (artigo 17 da Lei nº 8429/92), é de extrema relevância no contexto pós 2ª Guerra Mundial de maximização de direitos humanos.

Saliente-se que a propositura da ação civil pública visando a implementação de determinada política pública deve ser empregada apenas após esgotadas as tentativas extrajudiciais de resolução da questão. Contudo, não se pode autorizar que tais tentativas perpetuem a omissão a ponto de o decurso do tempo acarretar danos de monta irreversível aos titulares do direito.

Com relação à ação civil por ato de improbidade administrativa por omissão em efetivação das políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, em especial, prestacionais, pensamos ser este instrumento indispensável para a sanção da omissão dos agentes públicos que deixaram reiteradamente de implantar as políticas públicas necessárias à garantia de tais direitos.

2. Da Inexistência de Discricionariedade Administrativa no Tocante à Implantação de Políticas Públicas Garantidoras de Direitos Fundamentais em Seu Núcleo Essencial

Os direitos fundamentais costumeiramente são categorizados em primeira, segunda e terceira geração (fala-se atualmente em quarta e quinta gerações, mas as clássicas seriam as três primeiras).

¹ RE nº 592581 / RS – RIO GRANDE DO SUL, ARE nº 1132131 / SP – SÃO PAULO.

Sem a pretensão de aprofundar essa questão da divisão dos direitos fundamentais em gerações, que é extensa e ultrapassa o objeto deste artigo, apenas visando a contextualizar a presente exposição, temos, em linhas gerais, os direitos de primeira geração que são aqueles com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário, como o direito à liberdade; os direitos de segunda geração, ligados ao valor de igualdade, são os direitos sociais, econômicos e culturais que necessitam, além da intervenção do Estado, que este disponha de poder pecuniário, seja para criá-las ou executá-las e, por fim, os direitos de terceira geração que são direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano. Em caráter de humanismo e universalidade, os direitos fundamentais de terceira geração direcionam-se para a preservação da qualidade de vida.

No bojo deste artigo, trataremos com os direitos sociais que são na sua essência prestacionais (artigo 6º, CRFB), positivos e passíveis de tutela jurisdicional no aspecto transindividual do referido direito. O Ministério Público é parte legitimada extraordinariamente para propositura das medidas judiciais coletivas adequadas para buscar a efetiva e adequada prestação dos serviços necessários para que tais direitos sejam efetivos. Também o é para pretender a sanção em razão do ato de improbidade em que incorre o gestor público que se omite na efetivação das políticas públicas necessárias à garantia de tais direitos.

Vejamos uma hipótese. Um hospital que funciona sem o número mínimo de médicos preconizado nas normas técnicas que regem o tema, sem os medicamentos e insumos necessários ao atendimento e sem os serviços de limpeza e alimentação realizados em conformidades com as exigências técnicas.

Este nosocômio realiza o núcleo mínimo? Parece certo que não. Esse hospital não garante aos cidadãos o núcleo intangível do direito fundamental à saúde, acarretando o agravamento do estado de saúde dos cidadãos pela ausência do serviço, havendo violação da sua integridade psicofísica. Além disso, há nítida violação do direito à vida, já que muitas vezes esses agravos importam no óbito do indivíduo, sujeito do direito fundamental à saúde, violado aqui por aquele que devia garanti-lo, o Estado, *lato sensu* e, conseqüentemente, pela figura daquele que o comanda, o gestor público.

Outro exemplo, agora no contexto do direito à educação. Temos no artigo 205 da Constituição da República que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Ou seja, uma norma garantindo a educação como direito subjetivo a todos. Quase 30 anos após a promulgação da nossa Carta Maior, observamos a ausência de vagas para creche e pré-escola para as crianças. Considerando que tais deveres foram atribuídos por lei aos Municípios (artigo 11, inciso V da Lei nº 9394/1996), dentro da repartição de competências, podemos dizer que esse município cumpriu com seu dever? Há discricionariedade em prover essas vagas ou não?

É nesse contexto que, proposta a pretensão judicial, o Poder Judiciário deve intervir no caso. Isso, pois, quando o núcleo essencial dos direitos fundamentais está

sendo violado pela ausência de implantação das políticas públicas necessárias não há discricionariedade administrativa no tocante à efetivação de políticas essenciais à garantia dos direitos fundamentais (em seu fundamento mínimo).

Dizemos isto porque a discricionariedade administrativa, para Celso Antônio Bandeira de Mello, é:

[a] margem de “liberdade” que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.²

Assim, é margem de liberdade do gestor público na escolha dos meios para gerir a Administração Pública. Essa liberdade é indispensável para viabilizar a própria gestão, já que cada ente federativo possui suas particularidades, tanto regionais como orçamentárias, sendo impensável a existência de regras uniformes e vinculantes para o gestor público referentes a todas as suas atividades, em especial às escolhas das políticas públicas a serem implementadas na região sob sua gestão, caso contrário este gestor estaria engessado, impossibilitado de exercer seu mister.

Ressalte-se que tal margem existe no vazio legislativo proposital, onde o legislador indica o que deve ser feito (balizas vinculantes), mas deixa uma lacuna legislativa ou um conceito jurídico indeterminado a ser preenchido pelo gestor público, pelo seu poder discricionário, por meio do qual avaliando a conveniência e oportunidade, ou seja, dentro do mérito administrativo, criará a política pública a ser implementada.

Ora, quando o Ministério Público pretende no bojo de um inquérito civil público ou numa ação judicial a adequação de funcionamento de determinado hospital ou o aumento do número de vagas para educação infantil em determinado município em atenção à Meta 1 trazida no Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005 de 2014), não se trata de violação da discricionariedade administrativa ou mesmo rompimento do princípio da separação de poderes. Isso, pois, a discricionariedade do administrador reside em escolher os meios para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, inexistindo discricionariedade para escolher entre direitos que são garantidos e direitos que não serão garantidos.

Desta forma, a título de exemplo, manter um hospital em condições mínimas razoáveis de atendimento não se inclui no âmbito da discricionariedade do gestor, visto que, depois de construído com dinheiro público e integrado a uma rede de

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, fls. 990/991.

saúde que conta com seu funcionamento adequado para a promoção das ações de saúde, o orçamento do ente ao qual pertence deve prever dotação orçamentária mínima de forma a manter tal estrutura que integra a política de atenção hospitalar a saúde daquela região, sendo que seu sucateamento representa omissão na garantia de direitos capaz de atrair, não só a tutela pelo Poder Judiciário no que se refere à imposição de obrigação de fazer consistente na implementação de políticas públicas hábeis a garantir o violado direito à saúde, mas também a responsabilização por ato de improbidade administrativa consistente nessa omissão violadora de direito fundamental em seu aspecto mínimo e reiterado.

Temos então que a garantia dos direitos fundamentais é o limite para a discricionariedade do gestor público e que, esgotadas as vias extrajudiciais de resolução dessas omissões em implantação de políticas públicas garantidoras desses direitos e proposta a ação judicial adequada, é dever do Poder Judiciário impor esse limite, proferindo a decisão judicial indispensável para garantir a concretude dos direitos fundamentais prescritos em nossa Constituição da República, bem como decidir impondo as sanções descritas na Lei de Improbidade Administrativa em razão da omissão que viola os deveres de legalidade e lealdade às instituições, notadamente por retardar ou deixar de praticar, indevidamente, as políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais.

Assim, a omissão em promover o funcionamento de determinada política pública de educação, saúde, moradia ou outro direito fundamental que dependa de uma ação do Estado para sua garantia, além de caracterizar causa de pedir mais que suficiente para a tutela jurisdicional de obrigação de fazer, caracteriza ato de improbidade administrativa por violação aos deveres de legalidade, lealdade institucional e honestidade além da não realização dos atos de ofício necessários à implantação e manutenção das políticas públicas garantidoras de direitos (demonstrado o dolo ou a culpa na não realização destas).

3. Da Omissão do Gestor Público em Praticar os Atos Necessários à Implantação e Manutenção das Políticas Públicas Garantidoras de Direitos Fundamentais como Ato de Improbidade Administrativa

Na definição legal do artigo 11 da Lei nº 8429/92, constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições de modo a atentar contra os princípios da administração pública. Claro que legalidade nos termos mencionados no artigo 11 da Lei nº 8429/92 é uma legalidade em sentido amplo, abarcando todas as normas jurídicas e por óbvio o texto constitucional. Assim, a omissão dolosa na implantação das políticas públicas necessárias para a garantia dos direitos previstos na nossa Constituição consiste em descumprimento de lei, ferindo o princípio da legalidade.

Nada pode ofender de forma mais grave o princípio da legalidade do que o não cumprimento dos direitos fundamentais, no caso aqui analisado, daqueles que dependem de uma ação do Estado para serem garantidos, já que os direitos previstos no texto constitucional possuem maior relevância e por isso estão na nossa Carta

Magna. Além disso, os direitos fundamentais sociais em especial possuem íntima vinculação com a dignidade da pessoa humana, já que intrínsecos à existência e formação do indivíduo, sendo direitos fundamentais cujo núcleo essencial não pode ser afetado, o que torna a conduta omissiva do agente público ainda mais gravosa, quando deixa de proporcionar tal direito.

E o que se pode dizer da conduta daquele que deixa de garantir tal direito fundamental mínimo? Do gestor que, administrando verba pública e que, portanto, com o dever de agir com eficiência, deixa de aplicar tais recursos nas políticas essenciais para a garantia dos direitos fundamentais em completa desatenção aos preceitos da nossa lei maior? É dever de o gestor público utilizar os recursos públicos, ainda mais em momentos de escassez em que não há possibilidade de atender a necessidades infinitas, priorizar os direitos indicados pela nossa Constituição como mínimos e inafastáveis. A escolha já foi feita pela nossa norma fundamental quando descreveu direitos na Constituição. Não cabe ao gestor decidir de forma discricionária se garante ou não direitos fundamentais. A discricionariedade existe apenas no tocante aos meios de se garantir, com efetividade e eficiência, tais direitos. Desta forma, se o gestor se omite na implantação da política pública por ele escolhida para garantir saúde pública, educação, moradia, ou mesmo se insiste reiteradamente e de forma injustificável na implantação de uma política pública comprovadamente inábil a garantir tais direitos, deve ser sancionado no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa.

Ser agente público é ato voluntário do indivíduo. Quando se assume um cargo ou se exerce uma função pública, é inerente ao desempenho das funções a perfeita adstrição à lei (sentido amplo), visto que, de forma geral, no exercício de função pública o agente trabalha com serviços, recursos, bens que não lhe são particulares, mas que são de todos e destinados a todos. Assim, o conhecimento das normas que envolvem seu mister, bem como o seu cumprimento não lhe são opcionais. É dever do agente público atender a todas as normativas que envolvem sua função. Portanto, ao voluntariamente se candidatar, seja através de eleição, seja por concurso público, ou de qualquer outra forma, ao exercício de uma função pública, é inescusável que tal agente deixe de agir de forma a garantir os direitos fundamentais. E por isso essa omissão, consistente também no deixar de praticar indevidamente ato de ofício (Lei nº 8429/92, artigo 11, *caput* e inciso I), caracteriza violação aos deveres de legalidade, lealdade e honestidade, já que incompatível com o exercício da função pública.

Já restou demonstrado no início deste tópico de que forma a omissão do gestor público na efetivação de políticas públicas implica violação ao dever de legalidade. Mas não é apenas esse dever que é violado por meio das omissões dos Administradores Públicos. Há também a violação dos deveres de lealdade e honestidade.

Neste mesmo prisma, passemos a analisar o dever de lealdade e honestidade e a demonstrar que tais deveres também são severamente desrespeitados por meio das condutas omissivas em questão.

Como bem mencionado por Fábio Medina Osório em sua obra *Teoria da Improbidade Administrativa*:

O dever de lealdade institucional, já o dissemos, traduz a ideia de confiança, inserida no regime democrático, que baliza as relações entre eleitores e escolhidos, administradores públicos e administrados, funcionários públicos em geral e os destinatários de suas decisões, governantes e governados. Quebrada a confiança pelo rompimento do dever de lealdade institucional, existe um grau mais elevado de violação da moral administrativa, tendo em conta a ponderação dos deveres.³

Para Osório, “as relações de lealdade com a moralidade administrativa são de espécie e gênero. A lealdade traduz uma dimensão axiológica da moralidade administrativa.”⁴ O dever de lealdade institucional não se satisfaz apenas com a observância ao princípio da legalidade, mas também aos princípios da administração pública, como a impessoalidade, eficiência, proporcionalidade, entre outros.

Conforme o i. doutrinador Emerson Garcia:

[O]s atos dissonantes do princípio da legalidade, regra geral, sempre importarão em violação à moralidade administrativa, concebida como o regramento extraído da disciplina interna da administração; a recíproca, no entanto, não é verdadeira. Justifica-se, já que um ato poderá encontrar-se intrinsecamente em conformidade com a lei, mas apresentar-se informado por caracteres externos em dissonância com a moralidade administrativa, vale dizer, com os ditames de justiça, dignidade, honestidade, lealdade e boa-fé que devem reger a atividade estatal.⁵

Ou seja, mesmo um ato legal pode ser imoral se movido por fatores diversos daqueles que permeiam os valores da justiça, dignidade, lealdade e boa-fé. Contudo, no caso da omissão na implantação de políticas públicas estamos falando de atos ilegais e até mesmo inconstitucionais, que atingem diretamente direitos fundamentais em seu núcleo essencial, ou seja, normas reputadas fundamentais no nosso Estado Democrático de Direito.

Desta feita, ainda nas palavras do i. jurista Emerson Garcia, citando Diogo Figueiredo Moreira Neto, este esclarece que:

³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, fl. 117.

⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, fl. 117/118.

⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, fl. 135.

[E]stá ausente a moralidade administrativa quando o agente praticar o ato fundando-se em motivo desconforme (incompatibilidade lógica entre a escolha e o interesse público contido na regra da finalidade) ou ineficiente (grave comprometimento do interesse público pela desproporcionalidade entre custos e benefícios)⁶.

Resta evidente que deixar de investir a verba pública necessária à efetivação das políticas públicas ligadas aos direitos fundamentais, por qualquer motivo que seja, denota ato de completa imoralidade, deslealdade e, portanto, além de ilegal é desleal e imoral, devendo ser sancionada por se encaixar com perfeição no artigo 11, *caput* e inciso II da Lei nº 8.429/93.

Tal omissão também fere frontalmente o princípio da eficiência, visto que os gestores públicos têm obrigação de gerir a coisa pública de forma eficiente e eficiência na gestão administrativa tem o sentido da obtenção do melhor resultado possível e não apenas de um bom resultado.

Os gestores não podem se permitir quicá uma gestão apenas formalmente legal, mas sim alcançar uma gestão apta a prover aos administrados o melhor resultado possível com os recursos financeiros disponíveis, eis que tais recursos não são dos gestores, mas dos administrados, da sociedade, dos cidadãos. Assim, uma gestão permeada por omissões ilegais, desleais e desonestas deve ser punida com rigor nos termos da Lei nº 8.429/92.

É gestão de coisa pública, em que não se admite a ineficiência funcional dos homens públicos, nas palavras de Fábio Medina Osório em seu já mencionado livro, *Teoria da Improbidade Administrativa*, que tratando da eficiência administrativa na Nova Gestão Pública, esclarece que a gestão decorre da concretização do princípio constitucional da eficiência e, portanto, destinada a transformar uma Administração antes formalista e burocrática, numa entidade competitiva, eficaz e vinculada a resultados a serviço da sociedade, dispondo ainda que:

Resulta importante frisar que, no universo da Nova Gestão Pública, aumentam-se as responsabilidades. É certo que não se toleram esquemas rígidos e puramente formalistas de domínio legal, de modo a engessar os gestores. Todavia, aceita-se que o desatendimento a metas fiscais, às regras da boa gestão fiscal ou à configuração de irresponsabilidade administrativa pode e deve caracterizar graves atos ilícitos. Ampliam-se também as responsabilidades social, política e jurídica, nesse terreno. O dever de obediência à eficiência é, portanto, quando quebrado, um dos pilares também da improbidade administrativa, na medida em

⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, fl.142.

que se proíbem condutas gravemente culposas que resultem em prejuízos explícitos e palpáveis ao erário ou à sociedade. Trata-se de imperativo da Nova Gestão Pública.⁷

Neste contexto teórico, identificamos rapidamente a ineficiência de uma gestão que não só não obtém o melhor resultado possível com os recursos existentes, como se omite de forma a nem mesmo obter um resultado satisfatório, já que vivemos um contexto em que as políticas públicas de direitos com prioridade constitucional, como saúde e educação, não são concretizadas de forma a garantir o núcleo essencial desses direitos de forma universal, como preconiza o nosso texto constitucional.

Quanto ao dever de honestidade, certo que não se trata de honestidade no sentido mais ligado a caráter nas relações pessoais, mas sim uma honestidade no lidar com a coisa pública. No caso, exige-se do agente público no exercício da sua função um maior zelo a ética e correição de seus atos do que aquele exigido nas suas relações pessoais, já que no exercício da função atua dentro de um círculo de confiança estabelecido, mesmo que de modo implícito, entre administrador e administrado, já que este crê que aquele que está lá gerindo o que é de todos, deve se ater as normas fundamentais que regem nosso sistema jurídico, bem como a maximização dos recursos, ainda mais em tempo de escassez de tais recursos.

Assim, esse dever de honestidade é aquela indispensável observância pelo homem público das regras que regem seu mister, ferido quando intencionalmente o agente público inobserva o interesse público no seu agir. Para Osório, é o agir intencional em descumprimento de normas jurídicas relevantes⁸.

O Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando, em reiterados julgados acerca de atos de improbidade administrativa em geral, não especificamente sobre as omissões na implantação de políticas públicas, já que tal questão, como veremos a seguir, parece não ter sido submetida aos Tribunais Superiores, mas pela necessidade de uma malignidade na conduta do agente público e não apenas do dolo geral. Ora, tal entendimento faz da Lei de Improbidade Administrativa letra morta, considerando ser prova diabólica a comprovação de “maleficiência” ou “malícia” na conduta do gestor⁹. A interpretação do termo desonestidade (artigo 11, LIA) neste sentido, inviabiliza a tão relevante sanção por atos de improbidade.

Para punição nos termos dos seus artigos 9º e 11 é dolo geral que exige a lei e dolo ou culpa nos termos do artigo 10. Não há, em nenhum momento, menção à necessidade de demonstração de intenção maligna na conduta do agente público para que possa ser punido no contexto da referida lei. Quando o artigo 11 traz em seu *caput* que a violação ao dever de honestidade é ato de improbidade, se

⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*: má gestão pública, corrupção, ineficiência, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, fl.146.

⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*: má gestão pública, corrupção, ineficiência, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, fl.124.

⁹ RECURSO ESPECIAL Nº 1.528.828 – SP, RECURSO ESPECIAL Nº 1.375.223 – RS.

refere à honestidade no sentido descrito acima, de agir intencionalmente contra o interesse público, representado especialmente pelo respeito às disposições legais. Inexiste essa necessidade de malignidade na conduta do agente público para que incidam as sanções da Lei nº 8.429/92, mas tão somente o dolo geral, o agir voluntário do agente naquele sentido.

Ou seja, para que a omissão na implantação de políticas públicas seja punível com fulcro na Lei de Improbidade Administrativa, mas especificamente por meio da subsunção ao tipo do artigo 11, basta a existência do dolo geral.

Noutro giro, além das omissões dos gestores públicos consistirem em violação dos princípios da administração pública mencionados, essa ausência de implantação eficiente de políticas públicas garantidoras de direitos, subsume-se à conduta descrita no inciso II do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, qual seja, o de deixar de praticar indevidamente ato de ofício.

Ou seja, tanto no *caput* como no inciso II do artigo 11 da Lei se enquadram as omissões decorrentes da não implantação das políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, cabível, portanto, a sanção dessas omissões por meio do arcabouço da Lei nº 8.429/92, já que a lesão omissiva a direitos fundamentais não pode escapar da correspondente sanção, sob pena de se incentivar ainda mais esse descaso dos gestores públicos com a garantia dos direitos fundamentais, em especial daqueles com previsão na Constituição da República.

4. Da Carência de Responsabilização por Ato de Improbidade em Razão da Omissão em Implantação de Políticas Públicas

Escolhido o direito à saúde em razão de sua essencialidade e visando a delimitar o âmbito da análise, foi realizada pesquisa jurisprudencial no sítio de internet do STF compreendendo o período de 01/01/2017 a 18/09/2018 com as palavras-chave “omissão e política e pública e saúde” encontramos inúmeras decisões, tanto em âmbito individual como em âmbito coletivo¹⁰, reconhecendo a omissão estatal e a obrigação de implantar política pública indispensável à satisfação de determinado direito à saúde, tanto de forma coletiva como de forma individual.

Contudo, fazendo a mesma pesquisa só que com as palavras-chave “omissão e improbidade e administrativa e política e saúde” não encontramos nenhum julgado trazendo a condenação por ato de improbidade administrativa em razão da omissão de implantação de políticas públicas de saúde, o que demonstra a carência de ações judiciais com essa causa de pedir, ou mesmo de decisões judiciais com essa fundamentação jurídica.

O mesmo ocorre no Superior Tribunal de Justiça, onde foi repetida a pesquisa descrita acima, compreendendo o período de 01/01/2017 a 18/09/2018 com as palavras-chave “omissão e política e pública e saúde”, encontramos inúmeras decisões,

¹⁰ ARE nº 1145240, RE nº 1135521, ARE nº 1149297, RE nº 1147812, ARE nº 1141763, ARE nº 1143920.

tanto em âmbito individual como em âmbito coletivo¹¹, reconhecendo a omissão estatal e a obrigação de implantar política pública indispensável à satisfação de determinado direito à saúde, tanto de forma coletiva como de forma individual, mas em relação ao reconhecimento de tal omissão como ato de improbidade administrativa, ou mesmo entendendo não consistir ato de improbidade, não localizamos nenhum julgado.

Ou seja, tais omissões, em que pese acarretarem graves violações aos direitos fundamentais, em especial com relação ao direito à saúde que se liga intimamente com o direito à vida, muitas vezes com resultados danosos até mais diretos do que os demais atos de improbidade, como o dano ao erário e o enriquecimento ilícito, ainda não alcançaram o Poder Judiciário da forma devida, alimentando a sensação de impunidade daqueles agentes públicos que inobservam seus deveres funcionais.

5. Da Conclusão

No contexto do neoconstitucionalismo o Poder Judiciário tem em suas mãos ações coletivas que perpassam pelas normas constitucionais em razão da não implementação pelo Poder Executivo das políticas públicas ligadas ao mínimo existencial previstas na Constituição da República e, portanto, a prolação de decisões judiciais ou mesmo a negativa de tutelas de urgência ou evidência de forma dissociada do que impõe como prioridade o texto constitucional coloca em risco a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Os atos omissivos dos agentes públicos no que toca à implementação das políticas públicas ligadas a direitos fundamentais prestacionais, ou até mesmo políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais em geral, não podem ser imunes às sanções da Lei de Improbidade, seja com a roupagem do agir discricionário da Administração Pública, seja por meio da escusa da ausência de má-fé ou mesmo da falta de competência daquele agente, já que tais escusas não aceitáveis no âmbito da boa gestão pública, aquela que busca a otimização de recursos finitos e a maximização de direitos.

Ainda neste sentido, observamos na análise do resultado da pesquisa jurisprudencial trazida nesta breve análise que temos ações judiciais reconhecendo de forma reiterada a omissão dos gestores na implantação das políticas públicas ligadas a direitos fundamentais, mas nenhuma ou quase nenhuma responsabilizando tais gestores pela improbidade administrativa consistente nesta omissão. Esse déficit de responsabilização é um fator relevante para a reiteração de condutas omissivas dessa espécie, que geram violações de direitos tão gravosas para a sociedade como aquelas condutas que geram enriquecimento ilícito ou dano ao erário, condutas que são reconhecidas como atos de improbidade de forma mais comum no âmbito do Poder Judiciário ou mesmo pelo próprio Ministério Público no ato da propositura das demandas dessa espécie.

¹¹ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.286.147 – PE, AREsp Nº 1229483, AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.275.634 – PE, AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.139.085 – DF, AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.144.532 – RJ, AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 945.925 – AC.

Isso, em tempos em que a corrupção e a impunidade dos agentes públicos *lato sensu* se fazem tão presentes e a omissão destes em concretizar as políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana é tão reiterada, o Ministério Público como legitimado, tanto para a propositura da ação civil pública quanto para a ação civil por ato de improbidade necessário, deve, esgotada a fase extrajudicial de ajustamento de conduta, sem também deixar com que tais tentativas se protraiam no tempo de modo a esvaziar futura tutela jurisdicional, buscar a efetivação de tais políticas e a responsabilização dos gestores omissos perante o Poder Judiciário, que quando exerce esse papel, concretiza sua função no nosso sistema democrático, que é a de fazer cumprir as normas criadas pelas instâncias representativas da nossa sociedade.

Referências Bibliográficas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 set.2018.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 19 set.2018.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª Edição. Editora Malheiros: São Paulo, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*.